

[一般論文]

ヴィンツェンツォ・グラヴィーナの 忘れられた「自然法論」における全契約の 要素としての「交換行為」 permutatio : ブラックストン『英法釈義』に於ける 約因論理解の前提として

菊 池 肇 哉

目 次

- : 序説：学説史及び本研究の位置付け
- はじめに
- : 周辺の考察
 - (1) : ブラックストン『英法釈義』(1765-9) に於けるカウサ理論の影響の分析の困難性：ポティエ『債権債務論』(1761) に対する非言及
 - (2) : ヴィンツェンツォ・グラヴィーナ (1664-1718) :
その生涯と著作の歴史的 position 付け
- : 本論：理論分析
 - (1) グラヴィーナの『市民法の起源三巻』(1813) の構造
 - (2) 契約論に至るまでのグラヴィーナの「自然法論」の理論構造
 - (3) グラヴィーナ契約論の翻訳と分析
- : 結論：ブラックストン『英法釈義』理解への小括として

第一章：序説：学説史及び本研究の位置付け

はじめに

当論文では、今日ではほとんど忘れられた存在となっているヴィンツェンツォ・グラヴィーナ（1664-1718）の契約理論を扱う。ブラクストンは『英法釈義』第二巻第三十章において、契約における約因をグラヴィーナを引用して正当化する。このことは、カウサ論と約因論を同一視化する契機になったものとして何人かの重要な学者に位置付けられている。筆者は『英米法「約因論」と大陸法「カウサ理論」の歴史的交錯』（国際書院、2013年3月）を上梓したが、この点は、以降で触れる大きな問題が存在するため、軽く触れるのみで、構成上、詳細な分析を諦めざるを得なかった。18世紀中葉のオックスフォード大学における講義録を基礎に書かれたブラクストン『英法釈義』第二巻に於けるカウサ理論と約因論の重要性は、19世紀前半から後半までの期間を通じて特徴的に観察される「カウサ」と「約因」の両概念の同一視化の出発点に存在することにある。しかしながら、そこでは厳密にはカウサ概念は触れられていないのである。代わりに触れられているのは、グラヴィーナによる「全契約にはその要素としての交換行為 *permutatio* が存在する」と意味の対価的牽連性の存在を主張する一文であった。より詳細なブラクストン『英法釈義』の約因論の本体の研究については、将来の課題としたい。

上掲書での筆者の叙述は1922年に発表されたローマ法とローマン・ダッチ・ローの混合法系（mixed legal system）¹に属する南アフリカに於ける法学者サー・ジョン・ギルバート・ケッツェ Sir John Gilbert Kotzé（5 November 1849 - 1 April 1940）による105頁ほどの比較法モノグラフ John Gilbert Kotzé, *Causa in the Roman and Roman-Dutch Law of*

Contract, (Cape Town, 1922), 8-9 頁の記述を基礎としている²。英米法と大陸法の比較研究に関しては、その実務的必要性からも、両法系の混合法系地域での研究がリードしていると言っても良いのではないだろうかと思われる。ケッツェ論文は 20 世紀前半期に影響力の大きかったオックスフォード大学所属のローマ法学者リー Robert Warden Lee (1868-1958) による『ローマン・ダッチ・ロー入門』R. W. Lee, An Introduction to Roman-Dutch law, (Oxford, 1st ed, 1915; 5th ed (and last), 1953)³ や、より最近では、ラインハルト・ツィンマーマン監修の『サザン・クロス：南アフリカにおける大陸法とコモン・ロー』Reinhard Zimmermann and Daniel Visser eds, Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa, (Clarendon Press: Oxford, 1996)⁴ でも引用されており、現代に至るまで南アフリカ法の混合法系における両理論比較法の基礎的文献に留まり続けている。

もっとも、ケッツェ論文の中核はブラックストン分析ではなく、その指摘の要諦はブラックストンやメインなど 18 世紀から 19 世紀のコモン・ロー法律家は「不適切にもカウサ論と約因論を同一視化していた」というものであった。かかる指摘は正に「正鵠」を射ている。しかしながら、それは事実の指摘に留まり、問わなかったのは、「なぜ、どのような文脈で」、かかる「同一視化」が開始したのかという点である。前著で、筆者は、「カウサと約因の同一視化」の終焉の原因を、19 世紀末英国における科学的法制史学の成立とコモン・ロー実務法学と法制史学の分離であるとし、メイトランド⁵以前のポロック⁶をその分岐点とした。本稿では「カウサと約因の同一視化」の始点の分析を目的としたい。その始点に存在するのがブラックストンなのである。

第二章：周辺の考察

第二章：周辺の考察 - (1)：ブラックストン『英法釈義』(1765-9)に於けるカウサ理論の影響の分析の困難性：

ポティエ『債権債務論』(1761)に対する非言及

先に、ケツツェを引用し、カウサと約因の同一視化の出発点としてのブラックストンの重要性について述べたが、別のアメリカの学者、

ジェームズ・ゴードレー James Gordley によれば、

'Nevertheless, begging with Blackstone, common lawyers who wished to find a theory or at least a coherent definition of consideration persistently equated consideration with causa.'¹⁷

「それにも関わらず、ブラックストン以降、約因の理論もしくは少なくとも首尾一貫した約因の定義を見出そうとしたコモン・ロー法律家達は、一貫して約因をカウサと同等視したのである。」とされる。

しかしながら、この点についてのブラックストン『英法釈義』の分析の困難性は、ブラックストンに於いては、厳密には、まだ明確に「カウサ(コース)」という概念が言及されていない点にある。代わりに言及されているのは、ドマが苗床としたのと同じ、ローマ法におけるパウルス文に基づく「対価的牽連性」を基礎とするシュナラグマもしくは「無名要物契約」(innominate real contract⁸)の四類型であった。しかしながら、ドマが採用したグロティウス『戦争と平和の法』(Paris, 1625)⁹によるシュナラグマの跛行的叙述¹⁰は、ブラックストンは採用しておらず、「与える債務」と「為す債務」の二分類(dare vel facere)に立脚した四分類を全て説明している¹¹。

ゴードレーもこの点を意識しており、上掲部分に連続する一節でより慎重な言葉遣いを選んでいるように見受けられる。

'The difficulties of doing so are particularly obvious in Blackstone's discussion. He began by defining consideration much as causa had been defined: it is the reason one contracts.'

「そのようになす事の困難性は特にブラックストンの議論において明らかである。彼は、約因をカウサが定義されて来ていたのと同等のもの、つまり、人が契約する理由であるとして定義することから開始している。」

「「カウサ」が定義されて来ていたのと同等のもの (much as causa had been defined)」の表現は、厳密にはブラックストン『英法釈義』においては「直接的には」カウサ概念が全く言及されて居ない事実を含意すると解釈出来るのではないだろうか。しかしながら、ゴードレーの著作においても、叙述の簡便化及び証明の簡略化のため、恐らくは、この点は故意にぼやかされており、ブラックストンにはカウサ理論に対する直接的言及は存在しなかったという事実は触れられては居ない。

近代における契約的カウサ理論は『フランス民法典』及びその解釈学たるフランス法学の影響下に敷衍したが、そのフランス民法典の基礎となったのがジャン・ドマ Jean Domat (1625-1696) 及びロベール・ポティエ Robert Pothier (1699-1722) の理論であった¹²。ブラックストン (1723-1780) は後者であるポティエより 24 歳若くほぼ同時代人であった。ドマのカウサ論は非常に短くかつ矛盾に満ちたものであって、それを分量的に数十倍にも拡大し、その矛盾を取り除き慎重にカウサ論を再構成したのがポティエであった。もっとも、その結果、厳密にはドマのカウサ論とポティエのカウサ論とは全く異なったものとならざるを得なかった¹³。しかしながら、ポティエの存在が無かったらならば、同理論が『フランス民法典』の立法者達の目を引き、法典の債権債務法部分にカウサ論が組み入れられたかすら怪しい。そして、今日、契約におけるカウサ論 (コーズ論) と呼ばれるものは、基本的にこの『フランス民法典』の諸規定 (Code Civil

art. 1108 & art. 1131-1133) を出発点としている。

かかる近代的意味でのフランス法学にコース論における重要性にも関わらず、このポティエのカウサ理論を含む主著たる『債権債務論』*Traité des Obligations*, 2 toms は 1761 年に出版され、1767 年に出版されたブラックストン『英法釈義』第二巻に影響を与えるには近接し過ぎており、実際に引用はされていない¹⁴。加えて、ブラックストン『英法釈義』の基本構造は、既に 1754 年に公刊された『英法分析』¹⁵ *The Analysis of the Law of England* (Oxford, 1756) の体系にそっており、初期からその構造を変えていない。イアン・ドリトル (1983) によれば、ブラックストンの『英法釈義』の体系と内容は 1750 年代の初期に基礎を定められた後、恐らくはほとんど変化しておらず 1765-9 年にかけて『英法釈義』四巻が出版された時には、既にその記述は「いささか、古風ものになっていた」とされ¹⁶、筆者のここでの観察もそれに合致する。

第二章：周辺の考察 - (2)：ヴィンツェンツォ・グラヴィーナ (1664-1718)：

その生涯と著作の歴史的位置付け

18 世紀当時の情報伝達のを考えれば、ブラックストンがポティエを、彼が 1760 年代以降に『債権債務論』を皮切りに様々な「論・論考・単行論文」(*Traite*) を出す以前の彼の生涯の前半期の代表作『新編学説彙纂』(1748-52 年)¹⁷ によって知って引用していたとしても何らの不思議はない。事実、『新編学説彙纂』と同時期にジュネーブで出版されたモンテスキュー『法の精神』(1748 年) をブラックストンが引用していることは比較的良く知られている事実である¹⁸。しかしながら、ローマ法学者としてのブラックストンが「約因」の正当化に際して引用したのは、今日では、ほぼ無名のイタリアの「人文主義法学」の法学者ジョバンニ (ジャン) ・ヴィンツェンツォ・グラヴィーナ¹⁹ *Giovanni (Gian) Vincenzo Gravina* (20 January 1664 - 6 January 1718) の『市民法の起源』*Originum Juris*

Civilis Libri Tres²⁰, (1st pb, Lipzig, 1713) という作品であった。

ヴィンツェンツォ・グラヴィーナは、ナポリ大学でローマ法と市民法学
び、1689年にローマに到着した後、1690年には仲間とともに文芸クラブ
Pontificia Academia degli Arcadi²¹「アルカディア派教皇アカデミー
(定訳は存在せず)」を設立し、1691年に新しく教皇となったイノセン
ト12世(在位:1691-1700)から様々な厚誼と教皇庁の役職を受け、1699
年にはローマのサピエンツァ大学の市民法教授に指名され、1704年には
同学のカノン法教授に任命された学者であった。今日ではほぼその名は忘
れられているが、彼は詩作や悲劇作品でも令名を博し、文人としての性格
も併せ持つ、古典的学識に通暁した一大文化人であった。18世紀から19
世紀の『英法釈義』に言及する英語文献ではしばしばGravinと記される
が、これは恐らくは、ブラックストーンが『英法釈義』に於ける注の中で
[Gravin.]とピリオドによって省略したのが、後に「英語化した名称」と
して独り歩きしたものと思われる。

実は、ポティエとグラヴィーナは、現代に通ずるような『十二表法』の
再現とその解説を残したことなど、近接時代の人文主義的ローマ法学者と
して方法論は非常に共通しており、ポティエは1752年に出版された『新
編学説彙纂』の第五巻冒頭で、「引用著者鑑」[Notitia Variorum Auc-
torum]として、ABC順に法学者の人名辞典を編纂しているのであるが、
その中のGの項目にグロティウスなどとともにグラヴィーナの項目を置
いている。その項目を見てみよう。(使用テキストは1820年パリ版)

'GRAVINA (Janus Vincentius) in Calabria natus ann. 1664.
Romam deinde ad Jus docendum evocatus ab Innocentio XII.
summo Pontifice: quod in Archi-Gymnasio SAPIENTIAE
professus et sub Clemente Xlo ad annorum usuque 1717, ineunte
eodem anno correptus subito dolore viscerum obiit II Nonas
Januarii.

In unum volumen collecti sunt ejus Originum Juris Civilis Libri Tres, cum aliis quibusdam opusculis juridicis et oratoribus.'

「グラヴィーナ (ヤヌス・ウィケンティウス) は 1664 年 (イタリア) カラブリア州に生まれ、教皇インノケンティウス 12 世により法学を教えるためにローマに招聘され、サピエンツァ大学の教授に任命されクレメンス 11 世治世下の 1717 年まで教授を勤めたが、辞任後同年 1 月 6 日に脳の病で時をまたず逝去した。

彼の『市民法の起源三巻』は他の法学上の小品や演説集とともに一巻にまとめられている。」

上記の記述から、ポティエがグラヴィーナを認識していたことが分かる。話を戻すと、ブラックストンが論じた大陸法のカウサ理論に当たるもののソースを考える場合、近代的なフランス民法典のカウサ理論の直接の祖の一人たるポティエのコース論ではなく、より早期の 18 世紀前半期のソースであるヴィンツェンツォ・グラヴィーナ『市民法の起源』(1713)における理論を参照しなければならない。

本稿での分析の対象となるジョバンニ (ジャン) ・ヴィンツェンツォ・グラヴィーナ Giovanni (Gian) Vincenzo Gravina ラテン名ヤヌス・ウィケンテウス・グラヴィーナ Janus Vincentius Gravina による『市民法の起源三巻』Originum Juris Civilis Libri Tres (Origines とも) は初版がライプチヒで 1713 年に刊行された。1710 年代から 1740 年代にかけしばしば出版されオックスフォード大学で読まれたことが現在の各カレッジなどの所蔵など²²から伺える。

例えば、オックスフォード大学のモードリン・カレッジ (Magdalen College Library, Old Library: G.7.9) とセント・ジョーンズ・カレッジ (St John's College Library: V.4.13) ではグラヴィーナが死んだ年の全集である 1818 年ライプチヒ版『全集』[Opera Omnia] が所蔵されている。この全集は三巻組で、内訳は、第一巻が『市民法の起源三巻』であり、

第二巻は前年の 1712 年に初出版された『ローマ命令権論一卷』[De Romano Imperio liber singularis] であり、第三巻は『小品集』[Opuscula] である。

他の『市民法の起源三巻』の形で所蔵は、第一巻第二巻が纏められて一冊になっており、第三巻が二冊目となっている二冊子組構成が多い。いずれにせよ、各カレッジが所蔵をカタログとして提供していない場合もあるので、経験上かならずしも完全な目録ではないものの、オックスフォード大学の OPAC である SOLO (Search Oxford Libraries Online : 旧 OLIS) によれば、クライスト・チャーチ・カレッジ所蔵の 1713 年ナポリ版初版 (Christ Church - Main Library, Special Collections: WQ.4.15 & 16), エクセター・カレッジ所蔵の 1722 年のナポリ版 (Exeter College Library, Stack: SD 36) などが確認され 1710 年代から 1720 年代にライプツヒカナポリで出版された版が中心的に収蔵されていることが分かる。ブラクストンの所属していたオール・ソールズ・カレッジには現在の所蔵は無いようである。他のイタリア語の詩作作品や悲劇作品などを考慮にいれれば、オックスフォード大学では 18 世紀前半期に主に読まれた作者であったことが推測される。

ブラクストンは、初期のキャリアとして 1738 年にペンブローク・カレッジに入学しローマ市民法の学士位を修めた後に 1743 年にオール・ソールズ・カレッジのフェローに選任されているから²³、恐らくはその時期に『市民法の起源』を最初に読んだのではないかと想像される。いずれにせよ、18 世紀当時に最新文献を現代ほど尊ぶ風潮が果たしてあったのかという疑問は残るものの、ブラクストン生誕の五年前にグラヴィーナは死去しているので、少なくとも、若干当時でも最新とは言えないローマ法の学識の層に属していたとは言えよう。その辺り、先に述べたドリトルのブラクストン『英法釈義』が初版刊行当時には「いささか、古風ものになっていた」との観察とも一致しよう。

もっとも、オックスフォード以外の所蔵に目を向けると、ゲッティンゲン大学の法学教授であり英国王室顧問であったゴトフリードゥス・マスコビウス *Gotfridus Mascovius* ドイツ名ゴトフリート・マスコヴ *Gottfried Mascov* (1698-1760) による編纂、生涯と作品の概要、注釈付きの 1792 年のヴェネツィア *Apud Josephum Orlandelli* 版、パドゥア大学の刑事法学教授カローロ・ポキーノ *Carolo Pochino* の監修による同マスコヴのコメントリア付きのローマ 1835 年版（恐らくは最後の刊本）などが確認され、少なくとも 19 世紀前半期までは、イタリア、ドイツなどにおいても国際的な関心を持たれ続けた作品であることは分かる。マスコヴは、プーフェンドルフ『自然法および万民法論八巻』*De Jure Naturae et Gentium Libri Octo* (1st ed, 1672) の編者、注釈者としても知られ、彼が関わっているのは、後に見ることになるように『市民法の起源三巻』の第二巻が独立した「自然法論」として機能しているからで、自然法学者としての関心からであろう。

ブラックストン『英法釈義』の契約部分に於けるグラヴィーナの利用の重要性自体は目新しい発見ではなく、既に、T. F. T. プラクネットによれば、

'It was not until the eighteenth century that a serious search for a general theory of contract was undertaken. Thus, Blackstone felt the need of a broad view of contract, and found it in a writer who is little known to modern common lawyers, Giovanni Vincenzo Gravina (1644-1718), an Italian professor of civil and canon law, who promptly sent him to the Digest.¹²⁴

「18 世紀になるまでは契約の一般理論を見出そうとする真摯な研究が為されるとはなかった²⁵。そのようにして、ブラックストンはより広い契約観の必要性を感じ、それを今日のコモン・ロー法律家には殆ど知られていないある著作家、イタリア人でローマ法とカノン法学の

教授であったジョバンニ・ヴィンツェンツォ・グラヴィーナ（1644-1718）の中に見出したのであるが、彼はブラックストンを即時に『学説彙纂』（のテキスト）へと送りだしたのであった。」とされる。

また、アラン・ワトソン Alan Watson（2010）によれば、グラヴィーナは「驚くべきことに」ケント James Kent（1763-1847）『米法釈義』Commentaries on American Law,（1826-30）でも非常にしばしば引用され深い影響を与えているとされており、19世紀アメリカでも影響力を有していたことが分かる²⁶。

しかしながら、ヴィンツェンツォ・グラヴィーナの名前は、時折、このような形で言及されるのみで、実際の対応する彼の作品とブラックストン『英法釈義』の議論の比較検討の本格的研究はいまだ欧文献でも管見の限り存在してはいないようである。本論文の最終目的は、グラヴィーナ『市民法の起源』のラテン文テキストを分析し、ブラックストンの提示する「法学提要システム」の中でそれがどのように有機的に「約因」の対価的牽連性と結び付けられ約因理論の正当化に利用されたのかの過程及びコンテキストを検証・明確化することにある。

詳細は後の分析に譲るが、有償性のある「十分な約因」（sufficient consideration）の説明に関してブラックストンはグラヴィーナ『市民法の起源』第二巻第十二章を引用し、脚注の中で、

「In omnibus contractus, sive nominates sive innominatis, permutatio continetur. 有名契約であれ無名契約であれ全ての契約には交換行為が内包される。」という文言を付してしている。

つまり、permutatio「交換・交換行為」の文言に約因で要求される対価的牽連性を読み込んでいるわけである。しかしながら、このことがより具体的に何を意味するのか、ブラックストン『英法釈義』第二巻三十章における役員に関する理論に厳密にどこまでグラヴィーナの理論が影響を与えているのかを検証したい。

まずヴィンツェンツォ・グラヴィーナの『市民法の起源三巻』三つの巻・本 [Liber] の構造を概観し、その中での引用された第二巻第十二章の理論の位置付けを見た後、関連テキストを訳出・分析したい。

第三章：本論：理論分析

第三章：理論分析 - (1)：グラヴィーナの『市民法の起源三巻』(1813) の構造

第一巻「市民法の発展と進歩」

グラヴィーナの代表作たる『市民法の起源』は、Libri Tres と題されるように、三巻構成になっており、各巻論じる主題が違うが、その構成は非常にユニークであり、かつ、各巻の独立性が非常に高く、独立した作品として理解可能である²⁷。第一巻は [De Ortu et Progressu Juris Civilis] つまり「市民法の発生及び進歩」と副題されているが、この題名からローマ法を一つの歴史的過程の産物として理解する「人文主義法学」の作品であることが理解される。加えて、グラヴィーナは一種の「進化論的史観」を明確に有していた。章数は非常に多く、第一巻だけで 185 章あるが、一種特異な「人の法」とも称して良いものである。最初にローマ市民とその秩序が語られた後、エクイテス身分や元老院、12 表法、各種官職、各種告示、法学の地位が語られた後、法学者の権威、法学者のセクトなどが語られ、時系列順に各法学者の解説が始まるのであるが、その後に各種皇帝立法の説明が挟まった後、ユ帝、及び『ローマ法大全』の各巻とその編集委員などユ帝法の解説が為され、中世ローマ法のイルネリウスから注解学派、注釈学派、人文主義法学と注釈学派との接点たるアルティアートを経て、ゴベアーヌス、ピュデ、アントニオ・アグスティン、バロン、デュアレ、ドネルス、オットマン、キュジャス、ブリッソン、ゴドフレドゥ

スなどの 16 - 17 世紀に活躍した人文主義法学者のほぼ全てが語られ、そして興味深いことに「法学革新後の四学派」[De quatuor scholis post renovatam juridprudentiam iudicum] が語られる。最後に、「結論：様々な解釈の使用について」[Conclusio de interpretum usu] で締められる。つまり、ローマ法の起源からグラヴィーナの時代に至るまでの全発展過程を追った力作である。本部分は独立して『市民法の発生及び進歩』の名で最初出版され、以降の時代でも、独立してこの名前で出版流通することもしばしばあった。三巻を通しての題名たる『市民法の起源』題名もグラヴィーナの最初の代表作たる本作に由来すると思われる。1792 年ナポリ版全集においては、第一巻は「八折版」(Octavo) のハンドブックで 107 頁有り、それが 185 の章に分けられ、発達順に身分法とローマ法の古代から 17 世紀に至るまでの主要法学者全てが網羅されている訳であるから、研究書であるとともに、いかにコンサイスで簡便な要覧形式の一種の教科書でもあったか知ることが出来るであろう。各章は概して 1 頁から 2 頁の間に収まる。

第二巻「自然法および万民法論と十二表法」

第二巻は、「自然法および万民法論と十二表法」[De Jure Naturali, Gentium, et XII Tabularum] と副題されており、基本的に「自然法論」を論じたものと復元された「十二表法」の詳細な解説である。この「自然法論部分」と、「復元十二表法詳説部分」はまったく別の作品として考えて良い。イタリア人学者グラヴィーナの自然法体系は、グロティウス『戦争と平和の法』やプーフENDORF『自然法および万民法論』などの内部構造を意識した部分も見られるものの、引用は一切されず、第一巻で確立した一種の進歩論的史観に基づく、独自の自然法体系を構築しており、その議論には、後期スコラ学派に内在していたアリストテレス的学識がしばしば利用されている。このことは、グラヴィーナがプロテスタントではなく、カソリック側の学者であり、教皇イノセント 12 世（在位：1691-

1700) と強力な関係を構築した後、教皇崩御後も 1303 年にボニファキウス 8 世により創建されたローマ・ラ・サピエンツァ大学 (Università degli Studi di Roma "La Sapienza") のローマ法学、続いてカノン法学の教授で在り続けたこととも必ずしも無縁ではないだろう。グラヴィーナはスペインの後期スコラ学派の学者たちと同じく、カトリックに属した自然法学者であり、かつ、人文主義的ローマ法学者であった。かかる人文主義法学者にはカノン法学にもモク・ガリクスの方法論を *De emendatione Gratiani dialogorum libri duo* 『グラティアヌスの修正について対話二巻』 (Tarragona, 1587) で適用した一六世紀のスペイン人のアントニオ・アグスティン Antonio Agustín (1517-1586) などが挙げられよう。しかしながら、後期スコラ学派によるトマス主義的・アリストテレス的な正義の徳性論 (“*De iustitia et iure*” や “*De legibus*”) の議論的基礎を受け継ぎながら、静的になりがちな自然法論に、人文主義的なローマ法学に対する歴史認識に基づきつつ、進歩論的・発達史的観点を導入し、謂わば、「動的な発達史的自然法論」を構築したのが、グラヴィーナの特性であったと理解できる。この点において 18 世紀最初の四半世紀に登場したグラヴィーナの自然法論は、16 世紀から 17 世紀の旧教側の後期スコラ学派や、新教側の北ヨーロッパ自然法学派の旧来の自然法論の延長上にありながら、一線画したものと言える。謂わば、グラヴィーナ『市民法の起源』においては相反する契機を有する歴史法学的進歩論史観と自然法学が巧妙なバランスの上に共存している。

先に、モンテスキュー『法の精神』(1748) がブラックストン『英法釈義』において頻繁に引用されているのに対して、同年に出版され始めたポティエ『新編学説彙纂』(1748-52) が引用されていない事実に言及した。この点に関連して、近代における「司法の積極主義」[Judicial Activism] の起源として、ブラックストン『英法釈義』の中で「人の法」として特に公法的・憲法的な理論を論じる第一巻に対するモンテスキュー『法の精神』

の影響を、近年、詳細に分析した著作を発表したアメリカの政治学者ポール・O. クーリーズ Paul O. Carrese (2012)²⁸ によれば、グラヴィーナはモンテスキュー『法の精神』の第一巻『法一般について』（第一巻第三章「実体法について」）の中で、唯一肯定的に引用されている現代的権威であるとされる。典型的なオールド・ホイッグと称されるブラックストンが英国の「古来の国制」ancient constitution²⁹を尊重していたモンテスキュー³⁰を高く評価していたことは明らかである。モンテスキューはブラックストンが引用する文献中、そのモンテスキュー（1689-1755）のグラヴィーナ（1664-1718）に対する同時代の先人中では例外的な高評価がブラックストンに影響を与えたことはあり得よう。

そして、かかるグラヴィーナの「進化論的な自然法史学」の手法は、コモン・ローの歴史的発達を理性に基づいた自然法的価値観の体系（自然法によりアレンジを受けたユ帝法学提要の体系（Institutional System³¹）：この点において1812年にまとめて出版されたマシュー・ヘイル『英法の歴史』History of English Lawと『英法分析』An Analysis of English Lawの影響は無視しがたい。）及び理性的理解に即いて正当化し理論的に叙述するというブラックストン『英法釈義』の方法論に非常に合致的であり、恐らくは、影響を与えたものと考えることが出来る。進化論的史観を社会ダーウィニズム的な比較法史論に導入した文献としては19世紀のサー・ヘンリー・メイン『古代法』（1861）³²が挙げられようが、ブラックストン『英法釈義』に影響を与えたローマ法文献であるグラヴィーナ『市民法の起源』中に既に「進化論的史観」が観察できると言えば、グラヴィーナの先覚性や自然法論中での異質性を表現できようか。それが具体的にいかなるものであるのかは、以下の原文の翻訳及び分析により明らかになるだろう。

グラヴィーナの「自然法及び万民法論」と名付けられた第二巻前半部分は90章に分けられるが、最後の89章が「後見の付与」[De tutoris datione] 90章が「acceptilatioについて」[De acceptilatione] など最初

の 20 章ほど以外は実定法上の諸制度が並んでおり、自然法部分とはもかくとして、万民法というのは、フーフェンドルフ『自然法および万民法論』[De jure naturae et gentium] におけるような国際公法の意味ではないようであるが、構造は一見して明瞭ではない。十二表法部分は 12 の章に分かれる。

ブラックストンが『英法釈義』(1865-69) において英米法の約因論の正当化に関して引用するのは、この第二巻前半の「自然法論」における第十二章「全ての契約の要素たる交換について」[De permutatione, contractuum omnium elemento] においてであった。

第三巻「諸法律及び諸元老院議決について」

第三巻は、「諸法律及び諸元老院議決について」[De Legibus et Senatusconsultis] と副題され題名上はローマ法における制定法論である。しかしながら、最初の第一章は「市民法上の正義について」[De Justitia Civili] 第二章は「人間精神とその肉体における法について」[De Mente Humana, & ejus jure in corpus]、第三章「奴隷の本性と手順の本性について」[De Natura Servis, & natura]、第三章「純粹命令権及び混合命令権について」[De Mero mistoque imperio] など自然法論及びアリストテレスの三分類に立脚した混合政体論など公法論理論関係の章が続き、先に述べた『法の精神』における引用もこの公法的理論や第三巻の前半部分の政体 polity 論からである。以降、18 章から最終 113 章まで様々な制定法、及び元老院議決の説明が続く。

第三章：理論分析 - (2)：契約論に至るまでのグラヴィーナの「自然法論」の理論構造

本論文では後に見るようにブラックストン『英法釈義』との理論との関係で必要とされる範囲においてのみ分析を進め、第二巻の第十四章に至る

までの大まかな自然法論の流れを概括するに止める。

第二巻の第一章は、「自然的善性及び悪性、もしくは自然的正義について」[*De boni, malique naturae, de Justitia naturali*] と題され、まず、大きな意味での自然的徳性論としての自然的正義論が語られる。次に第二章は「二種類の自然法について」[*De duplici naturae lege*] と題され、自然法を理性を有さないものも支配する自然法則なども含む広義の自然法と、固有的な意味で理性を有する人間のみを支配する狭義の自然法に分類し、第三章「万物の法、もしくは無差別的な法について」[*De lege rerum universarum, sive de lege promiscua*] では前者の広義の自然法が、第四章「人間本性に固有の法、もしくは理性の法について」[*De lege peculiari humanae naturae, sive de lege rationis*] では、後者の人間に固有の「理性法 *lex rationis*」が語られる。第五章では「究極的な自然的善について」[*De naturali bonorum extremo*] と題され、グラヴィーナに固有の哲学的スキームに於ける議論が語られているようである。第四章においても既に語られているが、グラヴィーナは心(素) *mens* と体(素) *corpus* を峻別し、情動 *affectio* や欲動 *voluptas*、感覚の運動は正に肉体的刺激と精神との混合において起こるが、そこから人は快楽を求め苦痛を逃れようとするが、それは肉体の維持というより下位の善にのみ関するものであって、最良の善は心と体が一致し精神の平静を実現するようなものに関わるものであり、「宗教的善」がそのような精神の平静を達成するものであり、それは外在的な「知識・学問」*scientia* によってのみ、我々をして徳へと近づかしめ、悪徳から遠ざかしめる、善性の認識へと至らしめるものであると説く。第六章では「自然法に由来する諸種の徳性の起源について」[*De virtutum origine ex lege naturae*] が語られ、第7章ではそれをネガティブな側面から見なおした「理性的本性の病弊、もしくは諸悪徳について」[*De moribus naturae rationalis, sive de vitiis*] が語られる。第八章では、古典ギリシャからの徳性論と「良き人」もしくは、哲人

論の伝統に則り、「祝福された諸賢人たちの生活について」[De vita beata sapientis]と題され、アリストテレス・トマス的な人間の「終局目的」*causa finalis*たる「良き生」をまっとうする良き人たる賢者の生について語られる。第九章は「人間理性の諸法について」[De juribus humanae rationis]として理性法が説明され、第十章では、人間の理性使用とその意思伝達のための言語使用とに関連して「人間社会の起源について」[De origine societatis humanae]が語られる。この辺りは、万民法存在の基礎として「諸民族の社会」[*societas gentium*]を人間相互間の意思疎通と言語使用とに関して語るグロティウス『戦争と平和の法』やプーフENDORF『自然法および万民法論』と共通の構造である。続いて、第十一章「万民法及び通商の起源」[De jure gentium & origine commerciorum]が語られ、その延長として第十二章「すべての契約の要素である交換行為について」[De permutatione, contractuum omnium elemento]が語られる。その後、第十章以下の議論で恐らくグロティウス『戦争と平和の法』(Paris, 1625)を強く意識したのか、第十三章「平和の法について」[De jure pacis]、第十四章「戦争の法について」[De jure belli]と続くこととなる。

ここまで見たように少なくとも、第二巻の第十四章までは、優れて後期スコラ学派の徳性論や自然法論を意識しており、そこにグロティウス『戦争と平和の法』の国際法論の議論などが少し付加されていることが読み取れるであろう。議論は正義の特性論から自然法論、狭義の自然法論、人間の理性論、社会形成論、通商・交易論へと「一般から特殊へ」と移行しておりこれも中世からの体系的議論の特質である。しかしながら、個々の理論の詳細は、かなり、グラヴィーナ独特の哲学的理論により味付けが加味されているようである。グラヴィーナの理論は多くの場合、16世紀の議論より単純化されているが、一部で鋭さも増している。グラヴィーナは「神学」*theologia*という言葉よりも、好んで「哲学」*philosophia*という

言葉を使用する。啓蒙の時代とも特徴づけられる 18 世紀に差し掛かろうとする自然法学者グラヴィーナの近代的側面がそこから透けて見えよう。

第三章：理論分析 - (3)：グラヴィーナ契約論の翻訳と分析

ブラックストーンが『英法釈義』第二巻において引用したのは、そのような自然法論の中での交易論としての第十二章「すべての契約の要素である交換行為について」[De permutatione, contractuum omnium elemento]の中頃に位置するある一文であった。

ここで、グラヴィーナは自然法論をあつかう第二巻の第十二章の契約論の冒頭において、permutatio 交換・交換行為を「人類最古の通商行為」として位置付けることから持論を展開するわけであるが、かかる自然法論の「契約論 De contractibus」の伝統の中で、permutatio を「人類最古の通商行為」として位置付けることは既に、グロティウス『戦争と平和の法』第二巻第十二章「契約について」[De contractibus] n. 4 [Et permutatorios: tum qui dirimunt] において先例が見られる³³。

グロティウスは、

'Dicemus proinde dari ut detur permutatio, antiquissimum haud dubie commercii genus: aut pecuniam cum pecunia, quod collybum Graeci vocant mercatores hodie cambium: aut rem cum pecunia, ut in emtione et venditione: aut usum rei pro re: aut usum rei pro usu rei, aut usum rei pro pecunia, quod postremum locatio conductio dicitur.'

「ゆえに、余は「あなたが与えんがために私は与える」（という契約を）交換と呼ぶのであるが、疑いなくこれは通商の種類の中でも最古のものである。そうして、金銭に対し金銭が交換される場合、ギリシャ人達はコリュブム collybum と称したが、今日、商人たちは「為替」[cambium] と称する。物を金銭と交換する場合は、売買であり、物

の使用を物と交換したり、物の使用をものの使用と交換したり、物の使用を金銭と交換したりする場合もあるが、この最後のものは賃約 *locatio conductio* と言われる。」とする。

上記のグロティウスによる「為替」に関する説明は後に見ることになる。グラヴィーナの説明と瓜二つで、グロティウス『戦争と平和の法』第二巻第十二章の契約論は引用はされていないものの深い影響を及ぼしていることが分かる。

グラヴィーナはグロティウスにより、上の一節で引用された学説彙纂「売買の契約について」[*De contrahenda emptione*] の最初の法文 D. 18.1.1 の解釈学を展開し、彼の契約論の冒頭の議論を開始する。

'Hinc omnium contractuum antiquissima permutatio, quae in venditionis nomen apud veteres transibat, si unum gens unica merce, quae ibi communior esset, alibi rarior, merces alias ab exteris reparetur, quod fortasse meditabantur Sabiniani cum Cassiani, cum docuerint, venditionem etiam esse sine mummies.'

「交換はすべての契約の中で最古のものであり、ここから古人においては売買の名称に移行し、ある種族がそこではより豊富・陳腐で他の場所ではより稀である商品を他の商品でもってあがなう場合はその名称と呼ばれたのだが、サビーヌス学派とカッシアヌス学派が売買は貨幣無しでも存在するといった時には、恐らくはこのことを考えていたのであろう。」とする。

上のグラヴィーナの「古人においてはそれは売買の名称に quae in venditionis nomen apud veteres」の部分は、ローマ法上の話に聞こえる。しかるに、グロティウスは、その契約論の冒頭で、

'Acutum humanorum qui ad aliorum hominum utilitatem tendunt, alii sunt simplices, alii compositii. Simples alii benefici, alii permutatorii.'

「他人に有用性を与える人間行為は、あるものは単純行為でありあるものは複合行為である。しかして、単純行為のあるものは無償でありあるものは有償である。」とする。

グロティウスが1642年以降に追加した以下の箇所への注の中、バルベリウスはアリストテレスの『弁論術』第一巻第五章を引用し、前者の無償契約は全て、ギリシャ語で「贈与」、後者の有償契約は全てギリシャ語で「売買」の名前の中に包摂されたと説くが、この議論と一致する³⁴。一見、奇異に見えるかもしれないが、実はこの部分の一節は、ローマ法上の発達史の話としてギリシャ古典文献が参照されているのである。

グラヴィーナはそこから、古代においては最初は貨幣は存在せず、全てが物々交換であったことに説き及び、そこからホメロス『オデュッセイア』の第一巻終わりあたり[Liber I circa finem]を引用する。

そこでは、オデュッセウスの父「ラエルテスとその（女奴隷を）彼の所有物でもって買った Quam (ancillam,) Laertes emerat possessionibus suum.」との一文が引用され、「所有物でもって買った」の表現から物々交換による売買の存在を証している。

同所は、松平千明訳によれば、

「この者はペイセノルの子オプスの娘で、まだうら若い娘であった頃、ラエルテスが己れの資産から、牛20頭の代価を支払って買った女であった。」³⁵とある。実際は四足獣である牛を対価としたわけである。

このことは、奇異に思われるかもしれないが、グラヴィーナのせいではなく、先に挙げたD. 18. 1. 1.のパウルス文において、売買に貨幣による対価pretiumが必要とされるのかの見解について有名なサビヌス学派とプロクロス学派の対立の中で、サビヌスが古代においては、貨幣は存在せず、売買の最古の形態は「物々交換」[permutatio]であった³⁶事の例示としてホメロスの『イリアス』から二節、『オデュッセイア』から一節、計三節の韻文を引用している³⁷。上の場所は、最後の引用部分に当たる。

そこから、グラヴィーナは、人文主義法学の学者らしく、サビヌス学派とプロクルス学派との対立に関して自説を展開し、その上でローマにおける貨幣発達史の解説にはいるが、この部分はローマ法テキストにもとづいておらず、彼のオリジナルの立論であるようである。貨幣論・秤量論は、中世では道德神学者に論ぜられたが、16世紀ビュデの『アス論』やコッパルピウス『通貨論』ボダン『国家論』などを通じて17世紀以降は法学者により論ぜられる題材と変化しており、そこでは人文主義法学的アプローチが行われた。

'Hinc Romani, qui re pecuaria erant abundantiores, pecudes tradebant, pretii loco, tradebant venditoribus; ideoque patrimonium peculii nomine continetur; postea rudi aere appensio uti coeperunt; donec a Graecis nummos pecutere, atque in publico signo pretii auctoritatem, & notam, communumque rereum aestimatimem ponere dicerunt. Pecuniarum enim nota significant pondus earum, ut contrahentes ponderandi onere liberentur per impressam in nummo publiam fidem.'

「このことから、家畜財産により豊かであったローマ人は、四足獣 pecudes を代金 pretium の代わりに売主たちに引き渡していたが、そのことから、「家父財産」patrimonium は「家畜財産」peculium の名辞の中に包摂されることとなったが、彼らは計量された青銅片 rudus を使用し始め、爾来、ギリシャ人から貨幣を鍛造し、そこに公認された代金や公的記号や一般的な物の価値を表す符号が付されるようになったと言われなければならない。なぜなら、通貨にある符号はその重量を表しており、公共の貨幣に為されている刻印の信頼性により、契約当事者達を秤量の負担から自由にせんとするものであるからである。」

'Argentum vero, Aurum, propterea quod essent ad usum

expediora, inventa fuerunt pro communi materia pertumationis. Est enim nummis commune permutationis elementum, communisque terminus, ad quam omnis permutatio trahitur.'

「まさに、より使用に便宜であろうと、金や銀は、共通の交換の「物資」(*materia*)として発明されたのである。なぜなら、貨幣は交換の共通の要素たるのみならず、全ての交換的行為がそれに向けて為されるところの共通の目的であるからである。」

ここまでの過程で見られるように、(1) 商品の地域的多寡に基づく無貨幣による物々交換の段階から、(2) ローマにおける価値交換の基準としての家畜の引き渡し段階、(3) 予め計量された青銅片 *rudus* を貨幣として使う秤量貨幣段階、(4) 金属片に打刻して貨幣として流通させる段階、(5) 金や銀を発明し貨幣に使う段階と、グラヴィーナの議論はきれいに段階的進化を辿っていることが分かるであろう。貨幣導入の説明自体は、アリストテレスによる貨幣の起源にも遡り得る自然法論的説明であるが、そこをベースに矛盾しない「文明論的粗雑さ」で制度進化の過程を叙述するところにグラヴィーナの真骨頂が存在する。

'Nam ubi res cum rebus aliis permutata devenit ad pecuniam, ibi omnis continuo commutatio consistit. Nec modo antiquissima, sed & mater & semen permutatio est contractuum fere universorum.'

「というのは、ある物と他の様々な諸物との交換によりその物が金銭へとなるに至り、そこに、全ての交換的行為 *commutatio* の継続がかかっているからである。また、最古のものであるのみならず、母でありかつ精子であるところの交換的行為 *permutatio* は、ほぼ普遍的である。」

グラヴィーナは貨幣導入への移行こそが交換的行為継続の鍵であり、現在となってはすべての始原(母であり精子)である交換は「ほぼ普遍化している」と続ける。

'Nam praeter permutationem rei cum re, quae peculiari permutationis nomine venit, in aliis itidem contractus fere omnibus sive nominates, sive innominatis, permutatio continetur.'

「というのは、固有の「交換」という名称に属する物の物との交換以外にも、同様に有名契約であると無名契約であるとを問わずほぼ全ての契約に交換的行為は内包されているからである。」

その理由として有名契約であると無名契約であろうと現在のほぼ全て契約に交換的行為は内包されているからであると説く。この部分がまさにブラックストンにより契約における約因の対価的牽連性の正当化に使われた部分であり、「In omnibus contractus, sive nominates sive innominatis, permutatio continetur. 有名契約であれ無名契約であれ全ての契約には交換行為が内包される。」という文言である。前半部分の節が削除されているのと「同様に」[itidem]と「ほぼ」[fere]の文言がなくなっているのが分かる。

この点について、18世紀後半から19世紀初頭に掛け法廷弁護士、国王法律顧問 KC、庶民院の国会議員として活躍し「衡平法」学者としても著名であったジョン・アンソニー・フォンブランク John Anthony Fonblanque KC (1759 - 1837) は、彼のヘンリー・バロー Henry Ballow or Bellewe (1707-1782) の代表作『エクイティ論』A Treatise on Equity, (London, 1737) への長大な注釈 A Treatise on Equity, with the addition of marginal references and notes in two volumes, (London, 1792) 第一巻第五章第一節³⁸「合意の約因」部分において、ブラックストン『英法釈義』第二巻の同所とその見解を支持する学説としてグラヴィーナについてシュナラグマとともに言及し、詳細に観察すれば、ブラックストンがグラヴィーナの「ほぼすべての契約の」「ほぼ」[fere]の部分を削ったものとして、「例外の存在を巧妙に排除した点」を非難し、グラヴィーナの『市民法の起源』第二巻第十二章の議論はゆえにブラックストンの議論を支え

るものではなく、代わりにコナーヌスの見解を参照すべきであるが、このコナーヌスの見解³⁹はグロティウス及びフィニウス Vinnius⁴⁰ により微に入り細に入り論駁されているとしている。彼の指摘は全て筋が通っている。フォンブランクは衡平法学専門の法律家でありながら、そのローマ法学識はこの点に関し非常に深く特筆に値する。

'Etenim in reliquis innominatis, vel opera cum opera, vel opera cum re, vel res cum opera permutatur; qualia sunt pacta illa facio, ut facias: facio, ut des: do ut facias.'

「というのは、残りの無名契約（交換 permutatio を無名契約の一つとして数えるのでかかる表現となる）は、労務に対して労務を交換するか、労務に対して物を交換するか、物に対して労務を交換するかであり、かかるものは、「君が為さんがために私は為す」、「君が与えんがために私は為す」、「君が為さんがために私は与える」という無方式合意 pactum であるからである。」

グラヴィーナはドマと同じく⁴¹グロティウスが『戦争と平和の法』（1625）、Lib. II, cap. 12, で為したシュナラグマの四類型を三類型に圧縮する「跛行的処理」を引用なしで受け継いでいる。ブラックストン『英法釈義』は第二巻「物の法」の中の第三十章で「物の承継的取得」として、「贈与と契約の権原 title」を扱い、その中で約因論が論じられるが、この「物の原始的取得」「承継的取得」の枠組は後期スコラ学派とグロティウスなど北ヨーロッパ自然法学派の自然法学と共通する「内在的構造」である。しかし、グラヴィーナを引用しているが、ブラックストンは、続く一節で、このシュナラグマのグロティウスの「跛行的処理」はグラヴィーナから引き継がず、四類型全てを説明している。

'In contractibus autem nominatis vel permutatur pecunia cum re, unde venditio, vel pecunia cum pecunia, unde graeco vocabulo collybus, vulgo cambium, vel quantitas cum ejusdem generis

quantitate, unde mutuum; vel usus rei cum pecunia, & mercede, unde locatio; vel usus rei cum gratia utentis, unde commodatum; vel ipsa res, aut cum gratia tantum, aut cum praecedentibus meritis accipientis, unde donatio, sive gratuita, sive remuneratoria...'

「しかるに、有名契約においては、金銭が物と交換される場合は売買であり、金銭が金銭と交換される場合はギリシャ語の用語ではコリュプスであり、俗に「為替」と称される。種類物を同量の種類物と交換する場合は、消費貸借であり、物の使用を金銭や賃金と交換する場合は、賃約であり、物の使用を使用許可と交換する場合は、使用貸借である。物自体を単なる感謝 gratia もしくは以前に受けたいろいろな厚誼・便益 meritum と交換する場合は、無償もしくは有償の贈与である……」

以降議論が続くが、そこでは、新しい契約類型たる、「業務組合」 *societas negotiorum* の説明や、死因贈与 *datio mortis causa* に関して、「贈与者の死の場合は財産を贈与し、非死亡の場合は財産を返還する事」と「物」との交換であり、万民法では遺贈と変わらないと説かれる。基本的には、全ての有名契約に交換的要素が存在することをグラヴィーナが実証しようとした（業務組合の場合には交換性は、必ずしも、明示されていない）ものである。

先に述べたように為替 [cambium] に関する名称部分 [unde graeco vocabulo collybus, vulgo cambium] は明らかにグロティウスの『戦争と平和の法』第二巻第十二章 n. 4 の [quod collybum Graeci vocant mercatores hodie cambium] の言い換えであることは明確である。もう一度、グロティウスの『戦争と平和の法』第二巻第十二章 n. 4 部分のテキストを見てみよう。

'Dicemus proinde dari ut detur permutatio, antiquissimum haud

dubie commercii genus: aut pecuniam cum pecunia, quod collybum Graeci vocant mercatores hodie cambium: aut rem cum pecunia, ut in emtione et venditione: aut usum rei pro re: aut usum rei pro usu rei, aut usum rei pro pecunia, quod postremum locatio conductio dicitur.'

「ゆえに、我々は「あなたが与えんがために私は与える」（という契約を）「交換」と呼ぶのであるが、疑いなくこれは通商の種類の中でも最古のものである。そうして、金銭に対し金銭が交換される場合、ギリシャ人達はコリュブム collybum と称したが、今日、商人たちは「為替」[cambium] と称する。物を金銭と交換する場合は、売買であり、物の使用を物と交換したり、物の使用をものの使用と交換したり、物の使用を金銭と交換したりする場合もあるが、この最後のものは賃約 locatio conductio と言われる。」

つまり、ここにおいてグラヴィーナはこの章の冒頭で影響を見たグロティウスの議論にまた回帰しているのである。先に見たように、グロティウスは「有益性」[utilitas]（グロティウスは物権移転 [translatio rei] のみならず債権移転を含めるためにこの表現を採用した）を移転する行為を、有償と無償の二種に分類したが、上に見られる「有償的」renumeratorius 行為のグロティウスの分析スキームを延長し、グラヴィーナは全有名契約類型を「無償契約」を含め、無理に当てはめたと見ることが出来る。その意味で、ブラックストンが「約因」condieration の契約の有償性の根拠として数ある大陸の「ローマ法学者達」[Civilians] の中から特にグラヴィーナを引用したことはそれなりに筋が通ってると言うことも出来ようか。

第四章：結論：ブラックストン『英法釈義』理解への小括として

詳細に分析すると、グラヴィーナの契約論は、グロティウス『戦争と平和の法』(1625)を引用しては居ないものの、その第二卷十二章の「契約法論 De contractibus」に、その「体系」というよりは「着想」において、非常に強い影響を受けていることが分かる。グラヴィーナ自身の案出による「貨幣導入の議論」や後半部分の有名契約への追加的新説明以外は、冒頭は、パウルス文 D. 18. 1. 1. の「最古の取引形態としての交換論」、後半部はパウルス文 D. 19. 5. 5 で論ぜられたシュナラグマもしくは「無名要物契約」に関してのグロティウスがした枠組のアレンジであるということが出来る。この後半部は特に、17 世紀に初めてコーズ理論を提示したドマの議論にその本質は非常に似ている。グロティウスの「為す債務」と「与える債務」の分類による四分類を三分類に端折る「跛行的処理」を当然の前提として、引用なしに受け継いでいる点は、ドマとグラヴィーナは酷似している。ドマ、グラヴィーナとも両者の理論とも細部は異なるが、無償契約をも有償契約のカテゴリーに無理に当てはめている構成とそのバックグラウンドにある法文は同一であった。ただし、グラヴィーナは「固有国民法」の中での「訴訟可能性の指標」(causa actionis)たるカウサ概念については言及せず、その「自然法論」の中での「要素」としての「交換行為」permutatio に言及したに留まる点、異なる。

先に触れた、フォンブランクの批判(「ほぼ全ての契約」を「全契約」にすり替えた事)を使わずしても、ブラックストンが『英法釈義』第二巻第三十章で引用した英国法における約因の存在を正当化するためのグラヴィーナの引用は不適切なものであったことは、様々な理由から言える。第一に、ここでのグラヴィーナの議論は、市民法上の契約の様式性を超えた万民法上の議論として話していることは明らかであり、英国の固有法としてのコ

モン・ロー上での「訴権付与のメルクマール」しての約因 [*consideration*] の議論とはまったく次元が異なる。グラヴィーナの主張の要諦はあたかも生命学の発達史の原則「個体発生は系統発生を繰り返す」のように、最古の取引であり「始原」(母と精子 *mater et semen*) たる交換行為が全契約に現在では内包されているということであり、「訴訟を起こせるか否か」ではなかった。第二に、より本質的なことであるが、グラヴィーナは無償贈与を扱う際に、「物」と単なる「感謝」[*gratia*] との交換としており、「全契約類型」を「有償交換的」とであると主張するに際して、「理論的欺瞞」を犯してしまっている。彼の議論は最重要な「贈与契約」の処理において破綻している。第三に、死因贈与に関して、グラヴィーナは贈与に付される「贈与者の死」という条件を有償性として扱うが、必ずしも「条件」は有償性を持つとは限らず、その点も理論破綻が見られる。

それにも関わらず、ローマ法源の構造上、ブラックストンが自説を補強するためには、恐らくその経路以外に道は残されておらず、理論構築の「落とし所」としては妥当であったとも考え得よう。ともあれ、1790年のコモン・ロー「最初の契約法テキストブック」であるジョン・ジョーゼフ・パウエル『*Essay Upon the Law of Contracts and Agreements*, 2vols』では、大陸法文献は引用されていないものの、ローマ法文は多用されカウサと約因は「明示的に」同値化された。テティ『契約論』(1826)では、フランス民法のコースに関連する条文、ポティエ『債権債務論』の英訳とともにブラックストン『英法釈義』同所が引用され、以降、ブラックストンは「厳密にはカウサに言及していない」にも関わらず、カウサと約因の同等化・同値化のソースとしてグラヴィーナとともに、19世紀最後の四半世紀まで引用され続けることとなった⁴²。

さらなる課題として残されるのは、『英法釈義』の法学提要システムの中での契約論及び約因論の先行するマシュー・ヘイルやトーマス・ウッドなどの先行する伝統の中での「契約法」の体系的位置付けの問題と、具体

的にここで分析してみせたグラヴィーナの理論がどの程度まで厳密にブラックストンの議論と重なるのかの検証である。

了

[注]

- 1 混合法系 (mixed legal system) の理念については、近年比較法学会でのミニシンポジウムの題材となった。松本英実「ミクスト・リーガル・システムと日本法 (Mini-Symposium: Mixed Legal System and Japanese Law)」『比較法研究』第74巻(2012), pp. 206-216。

大陸法たるローマン・ダッチ・ローと英米法における混合法系の理論を牽引しているのは、ラインハルト・ツィンマーマン Reinhard Zimmermann 及びダニエル・フィセ Daniel Visser による研究グループである。スコットランド法及び南アフリカ法はこの視点で重要な意味を有する。Reinhard Zimmermann, Daniel Visser and Kenneth Reid eds, *Mixed Legal systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa*, (OUP: Oxford, 2004). 本邦における翻訳書として、ラインハルト・ツィンマーマン・佐々木有司訳『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法 シヴィル・ロー的伝統の現在』(信山社, 2008年)。小川浩三「R・ツィンマーマンの比較法学とローマ法学」, 戒能通厚、石田眞、上村達男編『法創造の比較法学: 先端課題への挑戦』, (日本評論社, 2010年), pp. 151-67, 特に、「混合法系」の概念と「カウサ」と「約因」の関係について、pp. 156-60, 小川氏の同発表への英米法学者のコメントとして、戒能通厚「ツィンマーマン理論とコモン・ロー」, 同著, pp. 177-80; 小川浩三訳ラインハルト・ツィンマーマン「法制史と比較法」, 同著, pp. 241-70; 小川浩三訳ラインハルト・ツィンマーマン「ローマ法とヨーロッパ文化(上・下)」, 『法律時報』, 81(11) (2009), 88 sqq; 『法律時報』, 81(12) (2009), 70 sqq.

- 2 菊池肇哉『英米法「約因論」と大陸法「カウサ理論」の歴史的交錯』(国際書院, 2013年), p. 52. 以下、菊池(2013)として引用。
- 3 ケッツェ論文は1922年であり、リーの『ローマン・ダッチ・ロー入門』初版が1915年であり、ケッツェ論文で最初にリーが引用され、リーの後の版でケッツェ論文が引用されるという複雑な「対話的關係」になっている。Lee, op. cit, 5th. ed, (1953), p. 436.
- 4 Dale Hutchison, "Chap. 5. Contract Formation, II. Iusta Causa and The

Doctrine of Consideration", in Reinhard Zimmermann and Daniel Visser eds, *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, (Oxford: Clarendon Press, 1996), pp. 166-73, esp. pp. 169-71.

5 メイトランドに対するドイツ歴史法学派の影響については、盛岡敬一郎「F. W. メイトランド生涯と業績 (1)」『創価大学人文論集』2 (1990 年), pp. 1-33, 特に pp. 6-7.

6 菊池 (2013), 「(5) ポロック (1878) 同一視化の終焉」, p. 63-66. ダイシーは 19 世紀後半期における新しい契約法学としてリーク (1867)、ポロック (1878)、アンソン (1884) を例示している。加藤紘捷, 菊池肇哉訳「英米法におけるダイシー理論とその周辺: ダイシー「ブラックストンの英法釈義」『日本法学』, 78 (4) (2013), pp. 65-118, p. 105. 佐々木信「十九世紀イギリス契約法史論形式に関する一考察: 約因法理史研究に関連して」(駒沢大学)『法学論集』, 4 (1967), pp. 74-93, p. 83 sqq で Holmes 及び Ames の所論に関連してポロックの約因起源論について扱っている。近時のポロック論として、石井幸三「ポロックの法思想 (1): 20 世紀前後期のイギリス法理学」『龍谷法学』, 40 (2) (2007), pp. 237-79; 「ポロックの法思想 (2・完): 20 世紀前後期のイギリス法理学」『龍谷法学』, 40 (4) (2008), pp. 843-79.

7 James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, (Oxford, 1991), p. 138.

同著については、貝瀬幸雄「比較法学者たちの饗宴 (2): 『比較法学入門』のためのエッセイ」『立教法務研究』, 5 (2012), pp. 27-158, at pp. 75-81 に言及がある。

8 Pietro de Francisci, , vol I (1913), vol II (1916); Geoffrey MacCormack, "Contractual Theory and Innominate Contracts", *SDHI*, 51 (1985), pp. 131-152. (Zimmermann, *Obligation*, p. 534; Schultze, *CRL*, 522 sqq.; Buckland & Stein, p. 522; Sohm, *Institutes*, 294 sqq.)

コモン・ロー学者による英米法の契約法体系内での当概念の古典的取り扱いとして、

Thomas Atkins Street (1872-1936), *The Foundations of Legal Liability: A Presentation of the Theory and Development of the Common Law v. 2 History and Theory of English Contract Law*, (Long Island: Edward Thompson, 1906), Part 1. Chap. II 'The Innominate Contract', pp. 21-27.

9 Grotius, *De iure belli ac pacis*, (Paris, 1625), lib II, cap. 12. n. 3.

10 菊池 (2013), pp. 27-8.

- 11 Blackstone, *Com. lib. 2*, (1st ed, 1867), pp. 444-5.
- 12 A. J. Arnaud, *Les origines doctrinales du code civil français*, (Paris, 1969); 本邦における紹介文献として、野田良之『《紹介》アンドレ・ジャン・アルノオ《フランス民法典の学說的起源》1969年』『日仏法学』、7 (1973)、pp. 31-62.
- 13 菊池 (2013), pp. 24-38.
- 14 この点を無視し、ポティエとブラックストンを直接比較したチリの研究者アレハンドロ・グズマン・ブリトーによるスペイン語の研究が存在する。
Alejandro Guzmán Brito, *La doctrina de la "Consideration" en Blackstone y sus Relaciones con la "Causa" en el "Ius Commune"*, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 25 (Valparaíso, Chile, 2003), pp. 375-406. 引用されている大陸法の文献は非常に興味深い、コモン・ロー文献の理解の仕方及び大陸法文献の該当箇所の読み方に問題があるように感じられたので、今回はこの論文の論証経路には依拠しなかった。
< http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552003002500010&script=sci_arttext >より入手可能。
- 15 本邦の学者におけるブラックストンの小品『英法分析』への言及は、堀部政男「ウィリアム・ブラックストン：その生涯と『イギリス法釈義』」『一橋論考』、61(4) (1969), pp. 505-20, p. 507.
- 16 Ian G. Doolittle, "Sir William Blackstone and His 'Commentaries on the Laws of England' (1765-9): A Biographical Approach", *Oxford Journal of Legal Studies*, 3 (1983), pp. 99-112, at pp. 109-11. 後にドリトルはこの研究を拡張して小冊子を刊行している。
Ian G. Doolittle, *William Blackstone: A Biography*, (2001).
- 17 ポティエの生涯におけるその諸作品の位置付けについては大川四郎「ロベール・ジョセフ・ポティエ」勝田有恒、山内進編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』(ミネルヴァ書房、2008年)、pp. 235-47.
- 18 Paul O. Carrese, *The Cloaking of Power: Montesquieu, Blackstone, and the Rise of Judicial Activism*, (University of Chicago Press: Chicago, 2003), *passim*.
- 19 木庭顕「G. V. Gravina のための小さな覚書」『國家學會雑誌』、111 (1998), pp. 731-63.
- 20 2004年にナポリの出版社 Liguori Editore から第一巻がファブリツィオ・ロモナコ Fabrizio Romonaco による序文・解題付きで出版されているようであ

るが未見。Oleg Nikitinski, *Gian Vincenzo Gravina nel contesto dell'Umanesimo Europeo*, (2013) .

- 21 アルカディア学派の詳細については、L. Barroero and S. Susinno, "Arcadian Rome, Universal Capital of the Arts", in E. P. Bowron and J. J. Rishel, eds, *Art in Rome in the Eighteenth Century*, (Philadelphia, 2000), pp. 47-77.
- 22 オックスフォード大学には16世紀以降、中央の大学図書館として機能しているボドリー (ボドリアン) 図書館 Bodleian Library と、それ以前から機能している各カレッジ付属図書館による貴重書の所蔵が存在する。蔵書保護のため各カレッジ図書館の所蔵はカタログから排除される場合がある。
- 23 Wilfred Prest, *William Blackstone: Law and Letters in the Eighteenth Century*, (2008), pp. 28-74. 上掲注15 堀部 (1969), p. 506.
- 24 T. F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, (5th and last ed, Boston, 1957), p. 652,
- 25 今日ではブラックストン『英法釈義』による契約法の扱いは、シンプソンの唱えたところの「19世紀の契約法の革新」[Innovation in Nineteenth Century Contract Law]の前段階であると理解されている。もっとも、基本的理解に大きな差異はない。菊池 (2013), pp. 53-54. A. W. B. Simpson, "Innovation in Nineteenth Century Contract Law", *Law Quarterly Review*, 91 (1975), pp. 247-278; P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, (2nd ed, OUP: Oxford, 1985), p. 103.
- 26 Alan Watson, *Comparative Law: Law, Reality and Society*, (Vandeplas Pub, 3rd ed, 2010, pp. 207-8, also p. 195. Wilfred Prest, *William Blackstone*, (2008), p. 62.
- 27 本論文で分析に使用したテキストは、上述のゴットフリート・マスコヴ Gottfried Mascov (1698-1760) による編纂、注釈付きの1792年のヴェネツィア Apud Josephum Orlandelli 版の『全集』[Opera Omnia] と、1716年ライプチヒ版『市民法の起源三巻』の内、第一巻第二巻が同じ巻本に綴じられたものである。
- 28 Paul O. Carresse, *The Cloaking of Power: Montesquieu, Blackstone, and the Rise of Judicial Activism*, (University of Chicago Press, 2012), p. 158.
'He (Blackstone) cites Locke's analysis of prerogative as "well defined", but does so only after warning against the extremes of republicanism and royalism regarding executive prerogative, and after citing the Italian

Jurist Gravina-the only modern authority approvingly cited in the opening book of *The Spirit of Laws* (250-52; Spirit 1. 3..)'。『彼 (ブラックストン) は、ロックによる国王大権の分析を「良く定義されている」としたが、そうしたのは、あくまで、行政的国王大権に関する行き過ぎた共和主義と王権主義の双方に対して警告を発し、『法の精神』(第一巻第三章)の初巻において唯一肯定的に引用されている現代的権威であるイタリア人法学者グラヴィーナを引用した後にであった。』

現在、合衆国空軍アカデミー United States Air Force Academy の政治学教授であるポール・O.クーリーズの名前の発音及び経歴については、以下のwikipediaの項目を参照した。

< http://en.wikipedia.org/wiki/Paul_O._Carrese >

29 17世紀のスチュアート朝との内乱期を起点とする ancient constitution の理論は、ハーバード・バタフィールドの弟子であった J. G. A. ポーコック J.G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law: A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, (CUP: Cambridge, 1957) により先鞭が付けられ、以降、戦後の英米の政治思想研究において一大潮流となった。ポーコックについては様々な紹介が本邦でも為されてきたが、その主要業績の一つである古来の国制論についての研究はごく最近の2000年代後半になるまで、その重要性にも関わらず、等閑視される傾向にあった。しかしながら、土井義徳『イギリス立憲政治の源流——前期スチュアート朝の統治と「古来の国制」論——』(木鐸社、2006年)以降、最近になって研究が非常に活発になってきている。佐々木武訳「ポーコック、時間、古き良き国制(ジョン・G・A・ポーコックの仕事——政治思想と歴史)」岩波書店『思想』, 1007 (2008), pp. 14-38; 山本陽一「G・ロウソンによる 古来の国制 論批判: 神学者の立憲主義」『香川法学』, 28 (1) (2008), pp. 1-33; 小幡俊太郎「ブラックストンのイングランド国制論——自然法・古来の国制・議会主権」『政治思想研究』, 10 (2010), pp. 272-302. この議論は政治理論史家の中で行われ、「英米法学の憲法論」との融合はこれからの課題のようにも見受けられる。

30 今中比呂志「モンテスキューとイギリス憲法論: 権力分立論成立の思想的啓蒙」『(広島大学) 政経論叢』, 26 (5) (1977), pp. 177-207; 押村高「モンテスキューのイギリス Constitution 論——いわゆる「偏見」の諸前提——」『社会化学研究』, 32 (1986), pp. 127-157.

31 Institutional System の用語はケンブリッジ大学の欽定ローマ法講座教授

ピーター・スタインによる 1980 年代前半期の研究により研究者間に敷衍した。Peter Stein, "The Development of Institutional System" in P. Stein and Andrew Lewis eds, *Studies in Justinian's Institutes in Memory of J. A. C. Thomas*, (London, 1983), 151 sqq; "The Fate of Institutional System" in: *Huldigungsbandel Paul van Wannelo*, (1984), 218 sqq; also Stein, *Legal Institutions: The Development of Dispute Settlement*, (London, 1984), pp. 125-129.

ブラックストン『英法釈義』の構造に関してスタイン研究と「法学提要システム」に触れる最近の研究としては、P. G. Monateri ed, *Methods of Comparative Law*, (London, 2012), p. 172.

- 32 岡崎修「法の自然史：ヘンリー・メインの歴史法学」、『思想』, 780 (1989)、pp. 119-132; 岡崎修「イギリスにおける法進化論と法典化運動——ヘンリー・メインの所説を中心に (英米法部会)」、『比較法研究』, 53 (1991), pp. 117-22; 三宅麻理「J. S. ミルの進歩の概念：ヘンリー・メインとの相違をめぐって」、『成蹊大学法学政治学研究』, 17 (1998), pp. 159-177.
- 33 Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Feenstra ed, (Scientia, 1993), Liber II, c. 12, n. 4, p. 342.
- 34 Hugo Grotius, *op. cit.*, Liber II, c. 12, n. 1, (Scientia, 1993), p. 340.
- 35 ホメロス松平千秋訳『オデュッセイア』(上) (岩波文庫、1994), p. 31.
- 36 Gai. III. 141.
- 37 David Daube, "The Three Quotations from Homer in Digest 18. 1, 1, 1", *Cambridge Law Journal*, 10 (1948), 213 sqq; Alfons Bürge, "Geld-und Naturalwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht", *ZSS*, 99 (1982), 142 sqq. Zimmermann, *Obligations*, pp. 250-1. 森光「交換は売買か？——ローマ時代の法学の一断面」、『英米法学』, 40 (2001), pp. 79-89; 売買をめぐるサビヌス学派とプロクルス学派の論争」、『英米法学』, 41 (2002), pp. 72-82.
- 38 実際に使用したテキストは第 5 版 John Anthony Fonblanque, *A Treatise on Equity, with the addition of marginal references and notes in two volumes*, (London, 5th ed, 1820), vol. 1, pp. 336-7.
- 39 Franciscus Connanus (1508-1551) ことフランソワ・コナンの契約理論とその意義については、小川浩三「F. コナンの契約理論 1」、『北大法学論集』, 35 (6) (1985), pp. 775-847; 「F. コナンの契約理論 2」、『北大法学論集』, 38 (1) (1987), pp. 37-91. 及びクリストフ・ベルクフェルトによるフライブルク大学

博士号学位論文 Christoph Bergfeld, Franciscus Connanus, 1508-1551; ein Systematiker des römischen Rechts, (Köln: Böhlau, 1968) を参照.

- 40 グロティウスの同僚でもあった Arnordus Vinnius (1588-1657) の契約理論とその意義については、田中実 「「合意は守られなければならない」と「合意からは訴権ではなくて抗弁が生じる」——17 世紀オランダ法学の作品から」、津野義堂 『コンセンサスの法理』 第三章, (国際書院, 2007 年), pp. 71-108; Robert Feenstra, "Contract in the Low Countries from the 16th to the 18th Century" in J. L. Barton ed, *Towards a General Law of Contract*, (Berlin, 1990), pp. 197-213. 菊池 (2013), p. 40.
- 41 菊池 (2013), pp. 27-8.
- 42 菊池 (2013), pp. 53-63.